



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali

Corso di Laurea Triennale in Diritto dell' Economia

Classe L-14

Il nuovo istituto delle ferie solidali

Relatore
Prof. Francesca Limena

Laureando
Silvia Veronese

ANNO ACCADEMICO 2015 / 2016

Alla mia famiglia

INDICE

Introduzione.....	7
Capitolo 1: Evoluzione normativa in materia di diritto alle ferie.....	9
1.1) Calcolo delle ferie	11
1.2) Fruizione delle ferie	14
1.3) Mancato godimento delle ferie	15
1.4) Assenze dal lavoro	18
Capitolo 2: Evoluzione normativa in materia di congedi parentali	21
2.1) Abuso dei congedi parentali.....	26
2.2) Uso frazionato dei congedi parentali.....	29
2.3) Sospensione e prolungamento dei congedi parentali	31
2.4) Congedi per la malattia del figlio.....	34
Capitolo 3: Il nuovo istituto delle ferie solidali	37
3.1) Legge Mathys.....	41
Conclusione	42
Bibliografia	43

INTRODUZIONE

Lo scopo del presente elaborato è descrivere e contestualizzare le modifiche introdotte dalla riforma del diritto del lavoro promossa ed attuata in Italia dal Governo Renzi in materia delle cosiddette ferie solidali.

Si tratta di un meccanismo di solidarietà grazie al quale i dipendenti della stessa azienda possono donare parte delle proprie ferie ai colleghi con figli minori che, per le particolari condizioni di salute, necessitano di cure costanti.

L'approfondimento del diritto costituzionale al riposo settimanale e alle ferie annuali retribuite, permette di valutare e classificare molte delle circostanze in cui si ritrova il singolo lavoratore. Infatti, ogni causa indipendente dalla volontà del lavoratore subordinato, che provoca in ogni caso il mancato adempimento alla prestazione di lavoro, esclude l'interruzione della maturazione delle ferie; al contrario, in caso di inadempimento riconducibile alla volontà del lavoratore, tale interruzione avviene.

I congedi parentali, intesi come diritto, in capo a entrambi i genitori, di astenersi dal lavoro facoltativamente, al fine di soddisfare i bisogni affettivi e relazionali dei bambini nei primi anni di vita sono stati recentemente oggetto di modifiche attuative della Legge delega 183/2014 conosciuta come Jobs act, apportate al D.Lgs. 151/2001 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità).

Tra questi, in tema di semplificazioni amministrative, all' Art. 24 del D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 151, sono state introdotte le "Cessioni dei riposi e delle ferie", ovvero, fermi restando i diritti di cui al decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, i lavoratori possono cedere a titolo gratuito i riposi e le ferie da loro maturati ai lavoratori dipendenti dallo stesso datore di lavoro, al fine di consentire a questi ultimi di assistere i figli minori che, per le particolari condizioni di salute necessitano di cure costanti, nella misura, alle condizioni e secondo le modalità stabilite dai contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili al rapporto di lavoro.

Capitolo primo

EVOLUZIONE NORMATIVA

IN MATERIA DI DIRITTO ALLE FERIE

L'attuale normativa che disciplina il diritto irrinunciabile alle ferie basa le proprie fondamenta sul testo costituzionale. Come sancito dall'art. 36, comma 3 della Costituzione "Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi". Esplicitando quanto riportato dallo stesso testo normativo, secondo cui, la Repubblica tutela "la salute come fondamentale diritto dell'individuo"¹ e "il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni"², il riposo annuale "non ha solo la funzione di corrispettivo della prestazione lavorativa, ma soddisfa anche esigenze psicologiche fondamentali del lavoratore, consentendo allo stesso di partecipare più incisivamente alla vita familiare e sociale e tutelando il suo diritto alla salute, nell'interesse del suo stesso datore"³.

L'imperatività della norma comporta la nullità di ogni clausola contrattuale che preveda l'eliminazione, o la rinuncia, a riposo settimanale e a ferie annuali⁴.

Si tratta di un diritto sociale universale, sancito anche dalla Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea, proclamata a Nizza nel dicembre 2000, all'art. 31.2, che nell'ambito del diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque, ha affermato il diritto di "ogni lavoratore" a ferie annuali retribuite.

Il regime legale delle ferie si applica a tutti i lavoratori dipendenti, qualunque sia la qualifica, la mansione o il tipo di contratto applicato. L'obbligo di concedere ferie retribuite spetta non solo alle imprese, ma anche ai datori di lavoro individuali non imprenditori, come accade ad esempio nel caso di lavoro domestico⁵.

Il conciso precetto costituzionale ha lasciato ampi margini di interpretazione che, nel corso del tempo, sono stati relativamente colmati soprattutto dalla giurisprudenza e dalla contrattazione collettiva.

¹ Art 32, Costituzione.

² Art 35, Costituzione.

³ Cass. Sez. un., 23 febbraio 1998, n. 1947, circolare INPS n. 109, 17 maggio 1999.

⁴ Art 1418, Codice civile.

⁵ Memento Pratico, Ipsa 2015, pag. 471 e ss.

La legge⁶ disciplina la maturazione, la durata minima, i termini di fruizione delle ferie e la retribuzione da corrispondere ai lavoratori durante le stesse, mentre il periodo di fruizione e le modalità di godimento vengono stabiliti generalmente dai datori di lavoro⁷. Nonostante la pluralità di fonti legislative che regolamentano l' istituto, la materia è quasi interamente disciplinata dalla contrattazione collettiva e dalla prassi aziendale.

L' art. 2109, comma 2 c.c. arricchisce e specifica che il prestatore di lavoro ha diritto “ad un periodo annuale di ferie retribuito, possibilmente continuativo, nel tempo che l'imprenditore stabilisce, tenuto conto delle esigenze dell' impresa e degli interessi del prestatore di lavoro”. La stessa disposizione poi, al comma 3 prevede che “l'imprenditore deve preventivamente comunicare al prestatore di lavoro il periodo stabilito per il godimento delle ferie” .

A tal proposito si è espressa in più circostanze la Corte Costituzionale: riconoscendo la maturazione progressiva delle ferie nel corso dell' anno in costanza del rapporto di lavoro, ha dichiarato illegittimo parte del comma 2, che fissava la maturazione delle ferie soltanto “dopo un anno di ininterrotto servizio”⁸; successivamente, ha definito illegittima anche la mancata previsione del diritto a ferie retribuite per il lavoratore assunto in prova, in caso di recesso dal contratto durante il suddetto periodo⁹; infine, in tema di malattia, ha stabilito che il periodo di ferie può essere interrotto dalla patologia riscontrata, nell' ipotesi in cui risulta idonea ad incidere sul godimento al riposo e alla rigenerazione delle energie psicofisiche del prestatore¹⁰.

⁶ L. 157/81, di ratifica della Conv. OIL 132/70; D.Lgs. 66/2003 di recepimento della Dir. 2000/34/CE, art. 2019 c.c.

⁷ Memento Pratico, ed. Ipsoa Francis Lefebvre 2015, pag. 471 e ss.

⁸ C. Cost., 7 maggio 1963, n. 66, circolare INPS n. 186, 7 ottobre 1999.

⁹ C. Cost., 22 dicembre 1980, n. 189, G.Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, “Diritto del lavoro: la Costituzione, il codice civile e le leggi speciali”, pag. 832 e ss., Giuffrè editore, 2009, www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do.

¹⁰ C. Cost., 30 dicembre 1987, n. 616, Memento Pratico, ed. Ipsoa Francis Lefebvre 2015, pag. 471 e ss; www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do. Il lavoratore ha l' onere di comunicare lo stato di malattia al datore di lavoro e trasmettere il certificato di malattia via telematica all' INPS, in modo tale che l' effetto sospensivo decorra dalla data di ricevimento di detta comunicazione. La procedura di comunicazione all' INPS viene eseguita dal medico del Servizio Sanitario Nazionale, non dal singolo lavoratore. Il datore a sua volta, intendendo verificare l' effettiva incompatibilità della malattia con le ferie, potrà chiederne il controllo all' INPS o all' ASL.

1.1 CALCOLO DELLE FERIE

Più recentemente, l' art. 10 del D.lgs. 8 aprile 2003 n.66¹¹ ha stabilito che “Fermo restando quanto previsto dall' art. 2109 del codice civile, il prestatore di lavoro ha diritto ad un periodo annuale di ferie retribuite non inferiore a quattro settimane. Tale periodo, salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva o dalla specifica disciplina riferita alla categoria di cui all' art. 2, comma 2, va goduto per almeno due settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell' anno di maturazione.”¹² La durata minima complessiva, quindi, equivale ad un periodo feriale di ventotto giorni di calendario¹³.

Il Ministero del Lavoro, a sua volta, ha precisato che “la norma deve quindi essere interpretata nel senso che la contrattazione collettiva può anche ridurre il limite delle due settimane per cui è obbligatorio il godimento infra-annuale, purché tale riduzione non vanifichi la richiamata funzione dell' istituto feriale e sia occasionata da eccezionali esigenze di servizio.”¹⁴

I giorni di ferie spettanti si calcolano considerando due variabili: la maturazione del diritto al godimento alle ferie e la durata stabilita dai contratti collettivi o, in alcuni casi particolari, dalla legge, come ad esempio per il lavoro part-time, illustrato di seguito. La maturazione è, quindi, strettamente proporzionata alla singola prestazione di lavoro, alla qualifica contrattuale e all' anzianità di servizio del lavoratore¹⁵. Infatti, i giorni maturano durante un periodo stabilito dalla legge, in presenza della prestazione lavorativa o di un' assenza che, dalla legge o dai contratti collettivi, è equiparata al servizio effettivo¹⁶.

¹¹ Modificato dall' art. 1, comma 1, lettera d del D.lgs. 19 luglio 2004, n. 213 – di attuazione organica alla direttiva 93/104/CE del Consiglio, come modificata dalla direttiva 2000/34/CE del Parlamento europeo e del consiglio.

¹² Art. 10 del D.Lgs. 8 aprile 2003 n.66.

¹³ Circolare ministeriale Lav. 3 marzo 2005 n.8.

¹⁴ Ministero del Lavoro, interpello 18 ottobre 2006, Memento Pratico, ed. Ipsoa Francis Lefebvre 2015, pag. 471 e ss.

¹⁵ Memento Pratico, ed. Ipsoa Francis Lefebvre 2015, pag. 471 e ss.

¹⁶ Cass., Sez. un. 12 novembre 2001, n. 14020, “Computo delle ferie del lavoratore – parificati periodi di servizio e di malattia”, 30 novembre 2001, www.altalex.com, www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze.

La Corte Costituzionale ha precisato, inoltre, che va considerata effettiva prestazione di lavoro anche il periodo di prova¹⁷.

L' arco temporale a cui si fa riferimento per legge è di dodici mesi e, normalmente, coincide con l' anno solare. In genere, il periodo viene fissato contrattualmente, a livello nazionale, o aziendale ed il numero di giorni di ferie maturati viene indicato nella busta paga.

I contratti collettivi possono prevedere una durata minima superiore, oltre che i criteri di calcolo dei giorni di calendario, o lavorativi, o le regole da seguire, in caso di concomitanza dei giorni festivi. Per alcune categorie di lavoratori, invece, la durata minima delle ferie è disciplinata da specifiche leggi.¹⁸

Un esempio, è il lavoratore a tempo parziale che ha diritto a ferie annuali, come la generalità dei lavoratori a tempo pieno inquadrati al medesimo livello. Per quanto riguarda la durata del periodo feriale, nel caso di part-time orizzontale corrisponde a quella prevista per il lavoratori a tempo pieno, mentre, nel caso di part-time verticale, che prevede per natura dei periodi di sospensione consensuale del rapporto durante i quali le ferie non maturano, il dipendente ha diritto ad un numero di giorni di ferie determinato in proporzione alla durata della prestazione lavorativa. La retribuzione feriale del lavoratore deve essere in ogni caso riproporzionata in relazione alla ridotta entità della prestazione lavorativa¹⁹.

Anche il dipendente che non lavora per l' intero periodo di maturazione, come di frequente accade nei contratti a tempo determinato, o in caso di assunzione o cessazione in corso d' anno, ha diritto ad un numero di giorni di ferie proporzionale al servizio effettivamente prestato. Le modalità di conteggio dei mesi e delle frazioni di mese lavorate vengono stabilite dai contratti collettivi e, generalmente, ogni mese di servizio dá diritto ad un dodicesimo del periodo annuale di ferie spettanti e le frazioni di mese di almeno quindici giorni valgono come mese intero.²⁰

Di prassi, le ferie vengono fissate predisponendo un apposito piano ferie approvato dal datore di lavoro. Se, nonostante la programmazione, il lavoratore non ha goduto del

¹⁷ C. Cost., 22 dicembre 1980, n 189, G.Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, "Diritto del lavoro: la Costituzione, il codice civile e le leggi speciali", pag. 832 e ss., Giuffrè editore, 2009, www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do.

¹⁸ Memento Pratico, ed. Ipsoa Francis Lefebvre 2015, pag. 471 e ss.

¹⁹ Art 4 D.Lgs. 61/2000.

²⁰ Memento Pratico, ed. Ipsoa Francis Lefebvre 2015, pag. 471 e ss.

periodo minimo previsto entro l'anno di maturazione, il datore di lavoro ha la facoltà di obbligarlo a consumarle, anche al fine di evitare l'applicazione delle sanzioni²¹. Perde ogni diritto di natura risarcitoria, sia in termini monetari che di ferie aggiuntive, il lavoratore che rifiuta irragionevolmente qualsiasi offerta del datore di lavoro in merito al godimento effettivo delle ferie²².

La determinazione del periodo feriale è una delle tipiche espressioni del potere organizzativo del datore di lavoro. Anche la giurisprudenza è chiara sul punto: "l'esatta determinazione del periodo feriale, presupponendo una valutazione comparativa di diverse esigenze, spetta unicamente all'imprenditore quale estrinsecazione del generale potere organizzativo e direttivo dell'impresa; al lavoratore compete soltanto la mera facoltà di indicare il periodo entro il quale intende fruire del riposo annuale, anche nell'ipotesi in cui un accordo sindacale o una prassi sindacale stabilisca i tempi e le modalità di godimento delle ferie tra il personale di una determinata azienda"²³.

La fissazione di ferie individuali non deve essere arbitraria²⁴: il datore di lavoro deve comunque mediare tra esigenze dell'impresa e interessi del lavoratore, oltre che comunicare con sufficiente preavviso il periodo feriale stabilito al prestatore in modo tale da consentire a quest'ultimo di organizzare al meglio il riposo concesso²⁵.

Dopo aver fissato e comunicato il periodo di godimento delle ferie ai dipendenti, il datore di lavoro può modificare quanto originariamente stabilito sulla base di riconsiderazioni delle esigenze aziendali, anche in assenza di fatti sopravvenuti, con il solo limite del preavviso. Il lavoratore, a sua volta, è tenuto a sollevare tempestivamente eventuali obiezioni circa tale decisione²⁶.

²¹ Memento Pratico, ed. Ipsoa Francis Lefebvre 2015, pag. 471 e ss.

²² Cass. civ., 15 febbraio 2003, n. 2326, "Il diritto alla fruizione delle ferie: fondamento presupposti e regolamentazione", 29 novembre 2012, www.altalex.com; www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze.

²³ Cass., Sez. lav., 19 dicembre 2013, n. 28428, "Vademecum sulle ferie: la parola all'avvocato", Valerio Berti, 28 luglio 2014, www.ilsole24ore.com; www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze.

²⁴ Cass., Sez. lav., 6 giugno 1991, n. 6431, "Diritto del lavoro: la Costituzione, il codice civile e le leggi speciali", pag. 1079 e ss., Giuffrè editore, 2009; Memento Pratico, ed. Ipsoa Francis Lefebvre 2015, p. 471 e ss; www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze.

²⁵ Art 2109 Codice Civile.

²⁶ Cass., Sez. lav., 11 febbraio 2000, n. 1557, P. Manzari, A. Ermacora, "Ferie: un diritto irrinunciabile", Fondazione studi consulenti del lavoro, www.dplmodena.it, 30 giugno 2010; "Ferie", marzo 2012, www.aranagenzia.it; www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze.

La contrattazione collettiva può, invece, prevedere il rimborso delle spese sostenute dal lavoratore, in caso di richiamo in servizio durante il periodo feriale giustificato da esigenze produttive²⁷.

In linea generale, ogni decisione del singolo datore di lavoro è vincolata all'interesse che avvenga effettivamente la ripresa ed il rafforzamento delle energie del lavoratore affinché il suo successivo apporto all'impresa sia proficuo di risultati²⁸.

1.2 FRUIZIONE DELLE FERIE

Il diritto irrinunciabile alle ferie implica, per il datore di lavoro, non solo l'obbligo di assegnarle, consentendo così al lavoratore di assentarsi, ma anche quello di corrispondere per tale periodo la retribuzione spettante fissata dalla contrattazione collettiva, affinché il trattamento economico sia tale da consentire al lavoratore il concreto godimento del periodo di congedo²⁹. Si considera nullo, in quanto contrario all'art. 36 della Costituzione, ogni patto individuale o collettivo che preveda un trattamento peggiore rispetto alla retribuzione che il singolo percepisce durante il regolare svolgimento del proprio lavoro. Le ferie non godute, infatti, non possono essere sostituite dalla relativa indennità, salvi i casi tassativamente indicati dalla legge,³⁰ come ad esempio avviene per le ferie eccedenti il periodo minimo legale, che verranno approfondite in seguito.

L'illegittimo diniego al dipendente di usufruire delle ferie, oltre a essere sanzionato in via amministrativa, provoca anche un danno non patrimoniale che il datore di lavoro è tenuto a risarcire³¹. Spetta comunque al lavoratore dimostrare, di volta in volta, l'entità del danno subito, che può essere quantificabile in base al danno psico-fisico derivante dalla mancata fruizione delle ferie³². Al datore di lavoro, invece, spetta l'onere della prova dell'effettiva fruizione delle ferie spettanti nel corso dell'anno³³.

²⁷ Memento Pratico, ed. Ipsoa Francis Lefebvre 2015, pag. 471 e ss.

²⁸ C. Cost., 30 dicembre 1987, n. 616, R. Granata, "Le sentenze e le ordinanze auto interpretative della Corte Costituzionale fra novazione e ricognizione del precedente decisorio", pag. 64 e ss., Giuffrè Editore, 2009; www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do.

²⁹ C. Cost., 30 dicembre 1987, n. 616, www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do.

³⁰ Art. 10 del D.lgs. 8 aprile 2003 n. 66; Circ. Min. Lav. 3 marzo 2005, n.8.

³¹ Trib. di Padova, 16 ottobre 2007, n. 714, Testa, "Il diritto alle ferie", ed. Giappichelli, 2015.

³² Risp. Interpello Min. Lav. 26 ottobre 2006, n. 25/1/0005221.

³³ Cass. civ., 5 ottobre 2000, n. 13258, "L'onere della prova in materia di godimento delle ferie incombe al datore di lavoro", www.filcams.cgil.it, 5 gennaio 2016; www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze; Memento Pratico, ed. Ipsoa Francis Lefebvre 2015, p. 471 e ss.

Salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva, o dalla disciplina riferita a specifiche categorie³⁴, il lavoratore usufruisce, in modo ininterrotto, secondo sua espressa richiesta, del termine minimo annuale legale di due settimane nel corso del periodo di maturazione. È sufficiente che il lavoratore, allo scadere di tale termine, non abbia fruito anche solo di una parte del periodo perché il datore di lavoro sia considerato sanzionabile. Le due settimane restanti, necessarie al completamento dell'obbligo normativo, vengono poi utilizzate, anche in modo frazionato, entro diciotto mesi dal termine dell'anno di maturazione, fatto salvo l'eventuale diverso periodo di differimento previsto dalla contrattazione collettiva. Per l'appunto, nell'ipotesi di riduzione di tale periodo, il superamento del termine comporterà una violazione esclusivamente contrattuale, se si manifesta nel rispetto del termine massimo dei diciotto mesi. Infine, la stessa contrattazione può altresì prevedere un eventuale terzo periodo, superiore al minimo legale, che può essere fruito, anche in modo frazionato, entro il termine stabilito e, a differenza di quello legale, anche monetizzato³⁵.

1.3 MANCATO GODIMENTO DELLE FERIE

In applicazione del divieto di monetizzazione, il periodo minimo di quattro settimane non può essere sostituito dalla relativa indennità per ferie non godute. Solamente in alcuni casi è possibile effettuare la compensazione, ossia alla conclusione del rapporto di lavoro; essa viene generalmente ammessa per le ferie eccedenti e viene calcolata prendendo a riferimento la retribuzione in atto nel periodo di mancato godimento delle ferie, o quella in vigore al momento del pagamento, a seconda delle determinazioni prese in ambito aziendale. È riconosciuta anche in caso di cessazione del rapporto di lavoro avvenuto in corso d'anno, per le ferie residue con riferimento alla retribuzione in atto al momento dell'interruzione del rapporto³⁶.

Sono illegittime le disposizioni dei contratti collettivi che escludono il diritto del lavoratore all'indennità sostitutiva per ferie non godute al momento della risoluzione del rapporto, salvo il caso del lavoratore che abbia disatteso la specifica offerta della

³⁴ Art. 2, comma 2, D. Lgs. 8 aprile n. 66.

³⁵ Cass., Sez. lav., 19 dicembre 2013, n. 28428, "Vademecum sulle ferie: la parola all'avvocato", Valerio Berti, 28 luglio 2014, www.ilsole24ore.com, www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze.

³⁶ Art. 10 del D.lgs. 8 aprile 2003 n.66.

fruizione del periodo di ferie da parte del datore di lavoro³⁷. Tale diritto viene riconosciuto anche in mancanza di specifici riferimenti nel contratto collettivo, qualora la mancata fruizione dipenda da esigenze di servizio, o comunque da un' impossibilità oggettiva non imputabile alla volontà del dipendente³⁸.

Al pari, l' indennità sostitutiva delle ferie non godute viene riconosciuta anche in favore del lavoratore che non ne abbia fatto richiesta al proprio datore di lavoro, sul mero presupposto che le ferie non siano state effettivamente da questo fruite³⁹.

Il beneficio di una compensazione pecuniaria garantisce l'effetto utile del diritto alle ferie anche nel caso in cui il rapporto di lavoro termini a causa del decesso del lavoratore. La sopravvenienza fortuita del decesso del lavoratore non deve comportare retroattivamente la perdita totale del diritto alle ferie annuali retribuite⁴⁰.

L'indennità sostitutiva, quindi, è composta dagli stessi elementi che concorrono a formare la retribuzione feriale e deve essere esposta in busta paga con un' apposita voce ed annotata sul libro unico⁴¹.

Indipendentemente dal caso specifico della conclusione del rapporto di lavoro, il datore di lavoro ha l'obbligo di consentire la fruizione delle ferie ai lavoratori, in quanto garante dei principi di sicurezza e di tutela della personalità e della salute psico-fisica

³⁷ Cass., Sez. lav., 9 luglio 2012, n. 11462, B. Nigro, L. Nigro, "Formulario del contenzioso del lavoro dopo le riforme", pag. 235 e ss., Maggioli Editore, 2013, www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze; www.ilsole24ore.com/lex24.

³⁸ Cass., Sez. lav., 26 marzo 2007, n. 7303, Memento Pratico, ed. Ipsoa Francis Lefebvre 2015, p. 471 e ss; www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze;

³⁹ Cass., Sez. lav., 4 luglio 2013, n. 16735, "Cassazione su diritto alle ferie e relativa indennità sostitutiva", 8 luglio 2013, www.fiscoetasse.com; www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze; Memento Pratico, ed. Ipsoa Francis Lefebvre 2015, p. 471 e ss. Nel caso in oggetto, la Corte ha rigettato il ricorso di un Ente avverso la sentenza della Corte d'Appello che aveva ad esso ingiunto il pagamento a titolo di indennità sostitutiva delle ferie ritenendo irrilevante che non vi fosse stata la richiesta del dipendente di fruire delle ferie, secondo la previsione della contrattazione collettiva. Non poteva prevalere sul disposto dell'art. 2109 c.c., secondo cui è il datore di lavoro che stabilisce le ferie e comunica al lavoratore il periodo stabilito per il godimento, tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro, e sull'art. 36 Cost. che sancisce l'irrinunciabilità del periodo feriale. La Corte di Cassazione, pertanto, ha ritenuto infondato l'unico motivo del ricorso con cui l'Ente ricorrente denunciava la violazione dell'art. 2109 c.c., lamentando che erroneamente la sentenza impugnata avesse riconosciuto al lavoratore il diritto all'indennità sostitutiva delle ferie sebbene queste non fossero state richieste e, sostenendo che il lavoratore abbia diritto alla corresponsione di tale indennità solo se abbia tempestivamente chiesto di fruire del periodo di riposo ed il suo mancato godimento sia dipeso da fatto proprio del datore di lavoro. Tesi respinta con fermezza dalla Suprema Corte, poiché il dipendente ha diritto comunque all'indennità sostitutiva.

⁴⁰ Corte di Giustizia UE, 12 giugno 2014, C-118/13, www.eur-lex.europa.eu/legal-content.

⁴¹ Memento Pratico, ed. Ipsoa Francis Lefebvre 2015, p. 471 e ss.

dei propri dipendenti⁴². Quindi, se il lavoro viene prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione⁴³.

“L’attività di collaborazione cui l’imprenditore è tenuto nei confronti dei lavoratori a norma dell’art. 2087 c.c., non si esaurisce nella predisposizione di misure tassativamente imposte dalla legge, ma si estende all’adozione di tutte le misure che si rivelino idonee a tutelare l’integrità psico-fisica del lavoratore; ne consegue che anche il mancato adeguamento dell’organico aziendale, nonché il mancato impedimento di un superlavoro eccedente la normale tollerabilità, con conseguenti danni alla salute del lavoratore, costituisce violazione degli art. 42, comma 2 Costituzione e art. 2087 c.c., e ciò anche quando l’eccessivo impegno sia frutto di una scelta del lavoratore, atteso che il comportamento del lavoratore non esime il datore di lavoro dall’adottare tutte le misure idonee alla tutela dell’integrità fisico-psichica dei dipendenti, comprese quelle intese ad evitare l’eccessività di impegno da parte di soggetti in condizioni di subordinazione socio-economica”⁴⁴.

La tutela risarcitoria nei confronti del lavoratore può essere ammessa nell’ipotesi estrema in cui la fruizione non sia più possibile, in quanto eccessivamente onerosa per il datore di lavoro, o non risponda più alla finalità cui è preordinata.⁴⁵

Allo stesso tempo, quando la mancata fruizione discende da una condotta, anche involontaria, imputabile al lavoratore si possono verificare due diverse fattispecie. La prima, dipendente da un fatto ascrivibile al lavoratore, ma non riconducibile alla mancata volontà di fruire delle ferie: il datore di lavoro “non può essere ritenuto responsabile per comportamenti che non siano riconducibili ad una condotta dolosa o colposa”⁴⁶. La seconda, discende da un’espressa rinuncia, formulata in tal senso dal lavoratore che, per una qualsiasi ragione, intende opporre il proprio diniego alla fruizione delle ferie, il cui godimento è espressamente richiesto dal datore di lavoro. Così facendo, il lavoratore non può continuare a beneficiare, né delle ferie arretrate non godute né della relativa indennità sostitutiva, escludendo il datore di lavoro da ogni

⁴² Art. 2087 Codice civile.

⁴³ Cass., Sez. lav., 21 agosto 2003, n. 12326, Memento Pratico, ed. Ipsoa Francis Lefebvre 2015, p. 471 e ss www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze; www.certificazione.unimore.it.

⁴⁴ Cass., Sez. lav., 1 settembre 1997, n. 8267, “Incidente stradale causato da stress del lavoratore – responsabilità datore”, 1 maggio 2002, www.altalex.com; www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze.

⁴⁵ Cass., Sez. lav., 5 febbraio 2000, n. 1307, M. Meucci “L’ampiezza di contenuto dell’art. 2087 c.c. secondo la Cassazione”, Lav. Prev. Oggi 2000, n. 4, p. 828, www.dirittolavoro.altervista.org; www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze.

⁴⁶ Ministero del lavoro, risposta ad interpello del 18 ottobre 2006.

ripercussione. Il prestatore di lavoro, quindi, soggetto debole del rapporto, può rinunciare al proprio diritto preventivamente alla maturazione delle ferie e pregiudicarsi il diritto al riposo, al contrario l'irragionevole rifiuto del lavoratore di accettare ogni soluzione offerta dal datore di lavoro costituisce l'elemento estintivo dello stesso diritto alle ferie e delle conseguenziali pretese risarcitorie⁴⁷.

Una possibile soluzione sono le ferie forzate, attraverso le quali il datore di lavoro impone ai propri dipendenti la fruizione del periodo maturato, sempre nel rispetto delle esigenze aziendali e del singolo⁴⁸.

1.4 ASSENZE DAL LAVORO

Le assenze dal lavoro per motivi indipendenti dalla volontà del lavoratore non interrompono la maturazione delle ferie. La stessa viene interrotta, però, nei casi di congedo parentale, di assenza per malattia del bambino, aspettativa sindacale per cariche elettive, sciopero, servizio militare di leva, periodo di preavviso non lavorato, sospensione del lavoro con ricorso alla Cassa Integrazione a zero ore⁴⁹.

La tabella evidenzia, a titolo esemplificativo, le assenze che rilevano ai fini della maturazione:

TABELLA 1:

<i>Cause dell'assenza</i>	<i>Maturazione</i>	<i>Fonti</i>
Maternità: - astensione obbligatoria e congedo di paternità - astensione facoltativa	SI NO	art. 22, c. 3 e 29 D.Lgs. 151/2001 art. 34, c. 5 D.Lgs. 151/2001
Malattia	SI	Cass. 12 novembre 2001, n. 14020
Ferie	SI	Cass. 15 febbraio 1985, n. 1315
Permessi per disabili e loro familiari	SI	Mess. INPS 6 marzo 2006, n. 7014
Sciopero	NO	Cass. 15 febbraio 1985, n. 1315
Malattia del bambino	NO	Art. 48 D.Lgs. 151/2001
Congedo matrimoniale	SI	CCI 31 maggio 1941

⁴⁷Cass., Sez. lav, 15 febbraio 2003, n. 2326, "Il diritto alla fruizione delle ferie: fondamento presupposti e regolamentazione", 29 novembre 2012, www.altalex.com; www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze.

⁴⁸Art. 2109 Codice civile.

⁴⁹Memento Pratico, ed. Ipsoa Francis Lefebvre 2015, p. 471 e ss.

Infortunio	SI	CCI 31 maggio 1941
Preavviso non lavorato	NO	Pret. Milano 23 luglio 1999
CIG a zero	NO	Cass. 17 gennaio 1991, n. 408
CIG a orario ridotto	SI	Cass. 1 ottobre 1991, n. 10205
CIG straordinaria	NO	Mess. INPS 31 maggio 1979, n 489
Contratto di solidarietà	SI	Circ. INPS 13 luglio 1994, n. 212
Incarichi presso i seggi elettorali	SI	Art. 11 L. 53/90; Art. 1 L. 69/92
Periodo di assenza compreso tra il licenziamento illegittimo e la reintegrazione	NO	Cass. 18 maggio 1995, n. 5486
Aspettativa sindacale per cariche elettive	NO	Cass. 8 giugno 1999, n. 5661

Capitolo secondo

EVOLUZIONE NORMATIVA

IN MATERIA DI CONGEDI PARENTALI

Come anticipato precedentemente, la disciplina dei congedi parentali è stata oggetto di recenti modifiche⁵⁰, attuative della Legge delega 183/2014 (c.d. Jobs Act).

Come previsto dal Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, per congedo parentale si intende l'astensione facoltativa della lavoratrice, o del lavoratore⁵¹, ossia il diritto in capo ad entrambi i genitori di astenersi dal lavoro subordinato facoltativamente e contemporaneamente, entro i primi anni di vita del bambino. La principale funzione è quella di consentire la presenza del genitore accanto al proprio figlio, naturale o adottato, in modo tale da soddisfare i suoi bisogni affettivi e relazionali. Gli unici presupposti richiesti, per entrambi, al fine di poterne godere, sono l'esistenza in vita del bambino e di un rapporto di lavoro produttivo di effetti⁵².

Essendo un diritto personale spettante al singolo genitore, il padre o la madre ne possono usufruire indipendentemente dal fatto che l'altro ne abbia o meno il diritto⁵³.

Per poter distinguere le novità introdotte, è necessario, però, approfondire il quando normativo antecedente a tale riforma.

In principio, sussisteva una diversità tra il diritto della madre e quello del padre, sulla base del carattere sussidiario e derivato che contraddistingueva il ruolo paterno rispetto a quello materno. Nel nostro paese, prima della Legge n.53/2000, il padre poteva usufruire del congedo parentale solo nel caso in cui la madre fosse lavoratrice subordinata e vi rinunciasse, oppure nell'ipotesi di affidamento del bambino esclusivo al padre.⁵⁴ A conferma, la Corte Costituzionale⁵⁵ aveva riconosciuto la legittimità dell'art 7 della Legge 903/77, ammettendo tale differenza, sia per la maggiore

⁵⁰ D.Lgs. 80/2015 e D.Lgs. 81/2015.

⁵¹ Art 2, D.Lgs. 151/2001.

⁵² R. Schiavone, Maternità e congedi parentali, *ibidem*.

⁵³ Art 32, comma 4, D.Lgs. 151/2001.

⁵⁴ R. Schiavone, Maternità e congedi parentali, *ibidem*.

⁵⁵ C. Cost., sentenza n. 150/94, P. Dubolino, C. Dubolino, "Codice del diritto di famiglia e dei minori", pag. 2286 e ss., Casa Editrice La Tribuna, 2014, www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do.

importanza della presenza della madre nel primo anno di vita del bambino, sia per i diversi riconoscimenti normativi.

La parificazione di tutele tra le due figure genitoriali, non ancora completamente raggiunta, ha avuto inizio soltanto nel 2000, con la Legge n. 53/2000, ripresa anche nel D.Lgs. n. 151/2001.

Il diritto ad astenersi dal lavoro nei primi otto anni di vita del bambino e per un periodo complessivo non superiore al limite di dieci mesi spettava quindi: “alla madre lavoratrice, dopo il congedo di maternità e per un periodo, anche frazionato, non superiore ai sei mesi; al padre lavoratore, dalla nascita e quindi anche allorquando la madre usufruiva del congedo di maternità, per un periodo, anche frazionato, non superiore a sei mesi, elevabile a sette in caso di esercizio del diritto per un periodo non inferiore a tre mesi; al genitore solo⁵⁶, per un periodo, anche frazionato, non superiore a dieci mesi”.⁵⁷ In caso di parto plurimo, suddetto diritto sussisteva, nella stessa misura, per ciascun bambino⁵⁸.

Il periodo complessivo poteva, pertanto, essere ripartito tra i due genitori secondo le proprie necessità, elevabile a undici mesi soltanto se il padre lavoratore esercitava il diritto per un periodo, continuativo o frazionato, non inferiore ai tre mesi, fermo restando il limite massimo di sei mesi di astensione per la madre. Lo scopo chiaro di questa norma era quello di incentivare l'utilizzo dei congedi parentali da parte degli uomini.⁵⁹

Per il genitore, inoltre, era previsto l'obbligo di comunicare preventivamente, al proprio datore di lavoro oltre che all'Istituto erogatore INPS, il periodo di assenza dovuta ad astensione facoltativa⁶⁰, secondo le modalità ed i criteri definiti dai contratti collettivi, ma con un preavviso minimo non inferiore ai quindici giorni⁶¹. Tuttavia, in caso di impossibilità oggettiva di darne comunicazione, l'onere della prova spetta

⁵⁶ Circolare INPS n. 8/2003: “Genitore solo” è riscontrabile in caso di: morte dell' altro genitore; abbandono del figlio da parte di un genitore; affidamento esclusivo del figlio ad un solo genitore; non riconoscimento del figlio da parte di un genitore.

⁵⁷ Art 32, D.Lgs. 151/2001 Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità.

⁵⁸ Messaggio INPS n. 569 del 27 giugno 2001 e circolare n. 8 del 17 gennaio 2003.

⁵⁹ R. Schiavone, Maternità e congedi parentali, ibidem.

⁶⁰ Art 8, DPR n. 1026/76.

⁶¹ Art 32, comma 3 D.Lgs. 151/2001.

esclusivamente al lavoratore ed in caso contrario il datore può legittimamente negare il congedo parentale⁶².

Sotto il profilo economico, invece, ai genitori spettava, fino al compimento del terzo anno di vita del bambino, un'indennità pari al trenta per cento della retribuzione media globale giornaliera del mese precedente, per un periodo massimo complessivo, tra i genitori, pari a sei mesi. Oltre i sei mesi e dal terzo all'ottavo anno di vita del bambino, l'indennità spettava solo in caso di reddito individuale dell'interessato inferiore a 2,5 volte l'importo del trattamento minimo di pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria (OMA)⁶³. Indennità ancora oggi coperta da contribuzione figurativa per il diritto alla pensione, purché i genitori siano in costanza di rapporto di lavoro, indipendentemente dall'anzianità contributiva pregressa. Per quanto riguarda, invece, i restanti periodi di congedo parentale, ovvero sia quelli successivi ai sei mesi entro i tre anni del bambino, sia tutti i periodi usufruibili dai tre agli otto anni, è prevista una copertura con contribuzione figurativa ridotta⁶⁴.

Infine, per quanto riguarda il trattamento normativo, i periodi di congedo parentale sono, tuttora, computati nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi a ferie e tredicesima mensilità. Il genitore che, nel periodo di congedo parentale, rifiuta l'offerta di lavoro, di impiego in opere o servizi di pubblica utilità, ovvero l'avviamento a corsi di formazione, non viene cancellato dalle liste di mobilità. Le ferie e le assenze eventualmente spettanti alla lavoratrice o al lavoratore ad altro titolo, quindi, non vanno godute in contemporanea con il congedo parentale⁶⁵.

Come anticipato, la disciplina appena analizzata, di recente, ha subito profonde modifiche. Con la legge delega n. 183 del 10 dicembre 2014, c.d. Jobs Act, il Governo è stato delegato ad adottare uno o più decreti legislativi per la revisione e l'aggiornamento delle misure volte a tutelare la maternità e le forme di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. Il D.Lgs. n. 80 del 2015, attuativo dell'art. 1, commi 8 e 9 della legge delega n. 183 del 2014, ha così modificato l'art. 32 del T.U. a sostegno della maternità e della paternità, ampliando sia il periodo entro il quale è possibile fruire del congedo, portandolo da otto a dodici anni del bambino, sia il periodo entro il quale il congedo è

⁶² R. Schiavone, *Maternità e congedi parentali*, ibidem.

⁶³ Art. 34, D.Lgs. 151/2001.

⁶⁴ Art. 35, D.Lgs. 151/2001.

⁶⁵ R. Schiavone, *Maternità e congedi parentali*, ibidem.

indennizzabile, a prescindere dalle condizioni di reddito, da tre a sei anni del bambino. Inoltre, ha introdotto un criterio generale di fruizione del congedo in modalità oraria, anziché su base mensile o giornaliera, che trova attuazione anche in assenza di contrattazione collettiva e aziendale⁶⁶.

Metodo già previsto dalla Legge di stabilità per l'anno 2013⁶⁷, che prevedeva, però, la possibilità per i genitori lavoratori dipendenti di fruire del congedo parentale in modalità oraria soltanto previa definizione, in sede di contrattazione collettiva delle modalità di fruizione, dei criteri di calcolo della base oraria e dell'equiparazione di un determinato monte ore alla singola giornata lavorativa. Con il decreto legislativo n. 80 del 15 giugno 2015, al contrario, il legislatore è intervenuto introducendo un criterio generale di fruizione del congedo in modalità oraria che trova anche attuazione in assenza di contrattazione collettiva, o in caso di contrattazione aziendale⁶⁸. I genitori lavoratori dipendenti, perciò, possono fruire del congedo parentale a ore, in misura pari alla metà dell'orario giornaliero medio del periodo precedente a quello di inizio del congedo. Tale norma non ha modificato la durata complessiva del congedo, ma ha attribuito al singolo genitore un potere di scelta circa la modalità dell'esercizio del suo diritto, che non può essere impedito adducendo ad esempio esigenze aziendali⁶⁹.

L'unico obbligo posto dalla legge al genitore è quello di comunicare in via telematica, al datore di lavoro, l'inizio e la fine del periodo di congedo con preavviso, cui si aggiunge la possibilità per il lavoratore e il datore di lavoro di concordare, durante tale fase, adeguate misure per la ripresa dell'attività lavorativa⁷⁰.

In particolare le richieste di fruizione del congedo per periodi non inferiori alla giornata intera devono essere presentate al datore di lavoro non meno di cinque giorni prima della fruizione, mentre in caso di fruizione su base oraria, il termine è ridotto a due giorni. La stessa domanda va presentata in modalità telematica, con procedure di invio online differenti, reperibili sul portale dell'istituto INPS, a seconda che il genitore intenda fruire del congedo parentale in modalità giornaliera, mensile od oraria⁷¹.

⁶⁶ Messaggio INPS n. 4576 del 6 luglio 2015.

⁶⁷ Legge n. 228, 24 dicembre 2012.

⁶⁸ Circolare INPS n. 152 del 18 agosto 2015.

⁶⁹ Messaggio INPS n. 4576 del 6 luglio 2015.

⁷⁰ Art. 32, comma 4-bis, D.Lgs. 151/2001.

⁷¹ Circolare INPS n. 152 del 18 agosto 2015.

Anche nel caso di fruizione oraria, si applica la copertura da contribuzione figurativa⁷². Tutte le variazioni appena elencate, però, come previsto dallo stesso decreto, sono state applicate “in via sperimentale esclusivamente per il solo anno 2015 e per le sole giornate di astensione riconosciute nell'anno 2015 medesimo”⁷³. Si tratta di un arco temporale significativamente ridotto, che inizia il 25 giugno 2015, con l’entrata in vigore del testo normativo, e si conclude il 31 dicembre 2015, con l’ultimo giorno dell’esercizio. Il riconoscimento dei benefici per gli anni successivi è stato “condizionato all’entrata in vigore di decreti legislativi attuativi dei criteri di delega di cui alla legge 10 dicembre 2014, n. 183, che individuino adeguata copertura finanziaria”⁷⁴. In caso contrario, lo stesso testo, ha previsto che “a decorrere dal 1° gennaio 2016 e con riferimento alle giornate di astensione riconosciute a decorrere dall'anno 2016, le disposizioni modificate (...) si applicano nel testo vigente prima dell'entrata in vigore del presente decreto”⁷⁵.

I ritardi sull’emanazione della circolare INPS n. 152 del 18 agosto 2015, contenente importanti dettagli circa le procedure di accesso ai congedi parentali, hanno impedito la fruizione degli stessi ed il limite del 31 dicembre 2015 è diventato così troppo stretto per applicare in concreto la nuova normativa.

Il D.Lgs. 148 del 24 settembre 2015 ha infine confermato le nuove misure relative ai congedi parentali e alla loro fruizione a ore, rendendo in sostanza permanenti i nuovi congedi parentali come riformati dal D.Lgs. 80/2015: “I benefici di cui agli articoli dal 2 al 24 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 80, sono riconosciuti anche per gli anni successivi al 2015, in relazione ai quali continuano a trovare applicazione le disposizioni di cui all'articolo 27 del predetto decreto legislativo. All'onere derivante dal primo periodo del presente comma valutato in 123 milioni di euro per l'anno 2016, 125 milioni di euro per l'anno 2017, 128 milioni di euro per l'anno 2018, 130 milioni di euro per l'anno 2019, 133 milioni di euro per l'anno 2020, 136 milioni di euro per l'anno 2021, 138 milioni di euro per l'anno 2022, 141 milioni di euro per l'anno 2023, 144 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2024 si provvede mediante

⁷² Circolare INPS n. 152 del 18 agosto 2015.

⁷³ D.Lgs. 80/2015, art. 26, comma 2.

⁷⁴ D.Lgs. 80/2015, art. 26, comma 3.

⁷⁵ D.Lgs. 80/2015, art. 26, comma 4.

corrispondente riduzione del fondo di cui all'articolo 1, comma 107, della legge n. 190 del 2014 come rifinanziato dal presente articolo.”⁷⁶

Un’ultima modifica alla disciplina è stata prevista dal D.Lgs. 81 del 15 giugno 2015, contenente disposizioni in materia di contratti di lavoro e mansioni, anch’esso attuativo della legge delega n. 183/2014. Diversamente dalle novità introdotte dal D.Lgs. 80/2015, tale modifica definitiva e non provvisoria, riguarda la possibilità di sostituire il congedo parentale con la trasformazione del contratto a tempo pieno in part-time. Nello specifico, attribuisce ai lavoratori ed alle lavoratrici la facoltà di chiedere, per una sola volta, in alternativa al congedo parentale, la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, purché la riduzione di orario non sia superiore al cinquanta per cento. A fronte di tale richiesta del lavoratore, il datore di lavoro ha a disposizione quindici giorni di tempo per procedere alla trasformazione del contratto⁷⁷.

2.1 ABUSO DEI CONGEDI PARENTALI

Il caso particolare dell’abuso dei congedi parentali è stato chiarito dalla sentenza n. 16207 del 16 giugno 2008 della Corte di Cassazione.

L’abuso va inteso come la situazione che si configura quando la lavoratrice, o il lavoratore, si astengono dal lavoro ai sensi dell’art. 32 del D.Lgs. n. 151/2001 e percepiscono l’indennità prevista per legge, ma, invece di garantire la propria presenza al fine del soddisfacimento dei bisogni affettivi del bambino e della sua esistenza di un pieno inserimento nella famiglia, utilizzano il congedo in questione per svolgere una diversa attività lavorativa finalizzata a soddisfare un’esigenza della famiglia⁷⁸.

Nel caso di specie, un padre lavoratore in stato di astensione facoltativa dal lavoro, al posto di occuparsi della cura della figlia, ha svolto attività lavorativa presso la pizzeria da asporto della moglie, aiutando in sostanza l’organizzazione familiare. Tale condotta ha, però, causato il licenziamento per giusta causa dello stesso lavoratore. In risposta all’impugnazione del licenziamento, il giudice di primo grado ha rigettato la domanda, stabilendo che l’utilizzo del congedo parentale per finalità estranee alla cura della prole vale a configurare la giusta causa di licenziamento. Successivamente il giudice

⁷⁶ D.Lgs. 148/2015, art. 43, comma 2.

⁷⁷ D.Lgs. 81/2015, art. 8, comma 7.

⁷⁸ R. Schiavone, Maternità e congedi parentali, ibidem.

d'appello riformando la pronuncia di primo grado e sottolineando la diversità tra la situazione in esame e quella del lavoratore assente per malattia che presta attività lavorativa a favore di terzi, ha stabilito che l'attività svolta dal lavoratore è stata finalizzata a soddisfare un'esigenza familiare, un legittimo esercizio del congedo parentale e pertanto il licenziamento è da considerarsi nullo⁷⁹.

Se il Tribunale di Monza, in primo grado, ha ritenuto il comportamento del prestatore idoneo a configurare una giusta causa di recesso datoriale sul rilievo che il beneficio non è finalizzato a garantire un'assenza dal lavoro, ma esclusivamente un'assenza finalizzata all'accudienza della prole, in senso diametralmente opposto, invece, si è posta la pronuncia della Corte d' Appello di Milano, che ha incentrato la propria posizione sull'osservazione che "unica condizione per l'esercizio del diritto al congedo parentale è il suo collegamento con le esigenze organizzative della famiglia nei primi anni di vita del bambino". Questa interpretazione, però, si è rivelata fallace, in quanto forza in maniera evidente il dato letterale della norma applicata ed estende in via analogica la portata del beneficio ben oltre le intenzioni del legislatore⁸⁰.

Rilevato l'errore, la Corte Suprema ha avuto modo di confermare chiaramente il principio di diritto vigente in materia di finalità del congedo parentale, osservando che l'accertamento della mancata finalizzazione del congedo parentale alla diretta accudienza del figlio minore costituisce la prova di una condotta illegittima, che espone l'autore della condotta alle ovvie conseguenze di legge in tema di responsabilità civile⁸¹. La stessa Corte ha ribadito che l'istituto del congedo parentale si può configurare come un diritto potestativo esercitato dal lavoratore con il solo onere del preavviso verso il datore di lavoro e verso l'ente previdenziale; diritto che non implica la discrezionalità e l'arbitrio nell'esercizio di esso e non esclude, soprattutto, la sindacabilità e il controllo degli atti da parte delle autorità competenti⁸².

A favore della tesi, sono state richiamate anche alcune sentenze della Corte Costituzionale precedenti al fatto accaduto, secondo le quali " la tutela della paternità si risolve in misure volte a garantire il rapporto del padre con la prole in modo da

⁷⁹ V. Marchetti, Abuso del congedo parentale, www.enpam.it, 10 febbraio 2016.

⁸⁰ F. Maresca, Finalità, limiti ed abuso del congedo parentale in Lav. e prev. oggi 4/2009, p.593 e s., www.studiomaresca.com, 5 gennaio 2016.

⁸¹ F. Maresca, Finalità, limiti ed abuso del congedo parentale in Lav. e prev. oggi 4/2009, p.593 e s., www.studiomaresca.com, 5 gennaio 2016.

⁸² V. Marchetti, Abuso del congedo parentale, www.enpam.it, 10 febbraio 2016

soddisfare i bisogni affettivi e relazionali del bambino al fine dell'armonico e sereno sviluppo della sua personalità e del suo inserimento nella famiglia; tutte esigenze che, richiedendo evidentemente la presenza del padre accanto al bambino, sono impedito dallo svolgimento dell'attività lavorativa ed impongono pertanto la sospensione di questa, affinché il padre dedichi alla cura del figlio il tempo che avrebbe invece dovuto dedicare al lavoro”⁸³.

La condotta del lavoratore, che ha fruito del congedo senza soddisfare le finalità per cui lo stesso è concesso, si è rivelata contraria al principio di buona fede sia nei confronti del datore di lavoro, costretto a sopportare la sospensione dell'attività lavorativa, sia nei confronti dell'ente assistenziale, chiamato a corrispondergli un'indennità. In nessun caso, il soddisfacimento di esigenze familiari, che influiscono in maniera soltanto indiretta sulla sfera del minore, può ritenersi idoneo alla fruizione per cui è concesso il beneficio del congedo parentale⁸⁴.

La conclusione della Corte, pertanto, è stata quella di cassare la sentenza impugnata e rinviare la causa alla Corte d'appello di Brescia, chiamata ad uniformarsi al principio di diritto enunciato in sentenza, attenendosi al seguente principio di diritto: "Il D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151, art. 32, comma 1, lett. b), nel prevedere - in attuazione della Legge - delega 8 marzo 2000, n. 53 - che il lavoratore possa astenersi dal lavoro nei primi otto anni di vita del figlio, percependo dall'ente previdenziale un'indennità commisurata ad una parte della retribuzione, configura un diritto potestativo che il padre-lavoratore può esercitare nei confronti del datore di lavoro, nonché dell'ente tenuto all'erogazione dell'indennità, onde garantire con la propria presenza il soddisfacimento dei bisogni affettivi del bambino e della sua esigenza di un pieno inserimento nella famiglia; pertanto, ove si accerti che il periodo di congedo viene invece utilizzato dal padre per svolgere una diversa attività lavorativa, si configura un abuso per sviamento dalla funzione propria del diritto, idoneo ad essere valutato dal giudice ai fini della sussistenza di una giusta causa di licenziamento, non assumendo rilievo che lo

⁸³ C. Cost., sentenze n. 104/2003; n. 371/2003; n.385/2003, F. Basenghi, L. E. Golzio, A. Zini, "La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda", p. 687 e ss., ed. Ipsoa, 2008; www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do.

⁸⁴ F. Maresca, Finalità, limiti ed abuso del congedo parentale in Lav. e prev. oggi 4/2009, p.593 e s., www.studiomaresca.com, 5 gennaio 2016.

svolgimento di tale attività (nella specie, presso una pizzeria di proprietà della moglie) contribuisca ad una migliore organizzazione della famiglia".⁸⁵

Sulla scia dell'orientamento espresso dalla giurisprudenza, anche l'INPS si è pronunciato, confermando l'impossibilità per il genitore in congedo parentale di intraprendere una nuova attività lavorativa che, se consentita, finirebbe col sottrarre il lavoratore dalla specifica responsabilità di occuparsi della cura del bambino.⁸⁶

In caso di nuova attività dipendente, parasubordinata o autonoma, intrapresa dal dipendente, durante l'assenza per il congedo parentale, non sarà riconosciuto alcun diritto alla relativa indennità e lo stesso dovrà rimborsare all'INPS quanto eventualmente indebitamente percepito. Incompatibilità che sussiste anche nei casi di congedo non indennizzabile, a causa del superamento dei limiti temporali e reddituali di legge; invece, nel caso in cui il lavoratore sia titolare di più rapporti di lavoro part-time, può usufruire del congedo parentale relativamente ad un solo rapporto di lavoro e proseguire l'attività nell'altro.⁸⁷

2.2 USO FRAZIONATO DEI CONGEDI PARENTALI

L'ordinamento italiano ammette la possibilità di godere del congedo parentale in maniera frazionata, sin da quando lo stesso istituto veniva ancora definito come astensione facoltativa. In materia di tutela delle lavoratrici madri, il legislatore aveva previsto che la lavoratrice intenzionata ad avvalersi del diritto di assentarsi dal lavoro, anche in modo frazionato, doveva darne comunicazione ad datore di lavoro e all'istituto assicuratore, indicando il periodo dell'assenza.⁸⁸

Più recentemente, l'INPS, nell'illustrare i nuovi moduli di domanda dei congedi, ha precisato tra le avvertenze importanti che, in caso di fruizione del congedo parentale in modo frazionato, è necessaria la ripresa effettiva del lavoro tra una frazione e l'altra, ripresa non rinvenibile nelle ferie. Ciò non significa, peraltro, che immediatamente dopo una frazione e prima della successiva non possano essere fruiti giorni di ferie. Significa, invece, che se le frazioni si susseguono in modo continuativo oppure sono intervallate

⁸⁵ Corte Cass., 16 giugno 2008, n. 16207, "Lavoro subordinato, congedo parentale, funzione, abuso del diritto, cura del figlio" 9 ottobre 2008, www.altelex.com; www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze.

⁸⁶ Circolare INPS n. 62 del 29 aprile 2010.

⁸⁷ R. Schiavone, *Maternità e congedi parentali*, ibidem.

⁸⁸ Art. 8, DPR n. 1026 del 25 novembre 1976 – di esecuzione della Legge n. 1204 del 30 dicembre 1971.

soltanto da ferie, i giorni festivi e, in caso di settimana corta, i sabati, sono conteggiati come giorni di congedo parentale.⁸⁹

A tale previsione, però, sono state ammesse singolari eccezioni dal Ministero del Lavoro. Un esempio, è il personale di volo dipendente da aziende di trasporto aereo, il cui lavoro è determinato su turni mensili e che, per legge, ha diritto ad una maggiorazione di giorni di riposo ogni mensilità. In questi casi, “i giorni di riposo successivi al termine del periodo di congedo, sia esso fruito in modo continuativo o frazionato, rientrando nell’ambito dei turni di servizio predisposti mensilmente per il personale di volo, possono considerarsi, a tutti gli effetti, come ripresa dell’attività lavorativa”⁹⁰.

Parte della dottrina, ritiene che, per analogia, in tutti i casi in cui il lavoro dei genitori sia organizzato su turni di lavoro determinati almeno su base mensile, e questi, in considerazione delle particolari caratteristiche dell’attività svolta, usufruiscano di ulteriori riposi rispetto a quelli previsti per legge, i giorni di riposo successivi al termine del congedo parentale, che rientrino nei turni di servizio, siano da considerarsi come ripresa dell’attività lavorativa.⁹¹

Dall’altra parte, invece, è stato riconosciuto al datore di lavoro il diritto di rifiutare la richiesta del congedo parentale in modalità frazionata qualora il relativo godimento provochi danno alla regolare attività aziendale.

Si tratta di un principio introdotto da un’ordinanza emanata dal Tribunale di Trieste, che è dovuto intervenire sulla contestazione avanzata da un lavoratore dipendente, conducente di autobus, nei confronti dell’azienda datrice di lavoro, che ha tentato, con plurimi inviti, di imporre al soggetto dipendente una variazione delle sue richieste di fruizione del congedo parentale, evitando di indicare più di un sabato ed una domenica nello stesso mese. A giustificazione della propria richiesta, il lavoratore, ha precisato che la domenica si poneva come l’unica giornata in cui la figlia poteva godere della presenza di entrambi i genitori. Il Giudice, al contrario, ha osservato che la ratio della norma non si traduce nella tutela dell’unità del nucleo familiare, ma nella cura del bambino. Inoltre, escludere che il diritto al congedo parentale possa subire un contemperamento con le esigenze organizzative aziendali, potrebbe sollevare una

⁸⁹ Circolare INPS n. 82 del 2 aprile 2001.

⁹⁰ Direzione Generale per l’ Attività Ispettiva del Ministero del Lavoro, Int. n. 37 del 28 dicembre 2007.

⁹¹ R. Schiavone, Maternità e congedi parentali, *ibidem*.

questione di legittimità costituzionale della norma in relazione all'art. 41 della Costituzione. Per questi motivi, il Tribunale ha stabilito che il datore di lavoro poteva legittimamente richiedere una diversa articolazione del godimento frazionato del congedo parentale al fine di contemperare le esigenze organizzative, anche in ragione del servizio pubblico fornito dall'azienda e della contemporanea fruizione dei congedi da parte di una pluralità di lavoratori⁹².

2.3 SOSPENSIONE E PROLUNGAMENTO DEI CONGEDI PARENTALI

Il congedo parentale, in via generale, può essere soggetto a sospensione in caso di intervenuta malattia del genitore, oppure del bambino. Il legislatore italiano non si è espresso in merito, permettendo così, prima all'INPS e poi al Ministero del Lavoro, di disciplinare la materia.

L'Istituto ha chiarito che, per la malattia della lavoratrice madre, o del lavoratore padre, insorta durante la fruizione del congedo parentale, non inizia a decorrere il periodo di protezione assicurativa e che la malattia stessa, debitamente notificata e documentata, deve essere indennizzata in misura intera, ove ne ricorrano i presupposti, secondo i limiti e le modalità previsti dalla relativa normativa, ovviamente nella presunzione, salvo diversa indicazione del genitore interessato, che quest'ultimo intenda sospendere la fruizione del congedo parentale.⁹³

In sostanza, l'insorgere della malattia durante il periodo di congedo, causa l'interruzione del periodo stesso con il conseguente slittamento della relativa scadenza e fa maturare il trattamento economico previsto per le assenze per malattia. Il soggetto che intende sospendere il congedo è comunque tenuto ad inviare il certificato medico al datore di lavoro e comunicare esplicitamente la volontà di sospensione, indicando, oltretutto, la durata complessiva del periodo di malattia.

Se invece, la patologia del genitore insorge dopo la conclusione del periodo di congedo parentale, a cui faccia seguito una sospensione del rapporto di lavoro, il periodo di

⁹² Tribunale di Trieste, ordinanza n. 461, 13 giugno 2007, www.giurcost.org/decisioni.

⁹³ Circolare INPS n. 8 del 17 gennaio 2003.

protezione assicurativa decorre, secondo le regole ordinarie, dal giorno successivo alla fine del congedo parentale, da considerare periodo neutro.⁹⁴

Per l'INPS, anche “i periodi di malattia, indennizzati o indennizzabili, che si verificano durante il congedo parentale, devono essere considerati neutri ai fini del complessivo periodo di congedo parentale spettante. Terminata la malattia, quindi, la fruizione del congedo parentale, salvo diverse indicazioni e comunicazioni del genitore interessato, può riprendere, con o senza erogazione dell'indennità del trenta per cento”⁹⁵.

Invece, “ai fini del calcolo del periodo massimo di congedo parentale, durante il quale si siano verificati periodi di malattia, vanno tenute presenti le indicazioni fornite per i casi in cui frazioni di congedo siano intervallate da ferie”⁹⁶.

Indicazioni date dallo stesso Istituto che stabilisce che “in caso di fruizione del congedo parentale in modo frazionato è necessaria la ripresa effettiva del lavoro tra una frazione e l'altra, ripresa non rinvenibile nelle ferie; ciò non significa, peraltro, che immediatamente dopo una frazione e prima della successiva non possano essere fruiti giorni di ferie. Significa, al contrario, che se le frazioni si susseguono in modo continuativo oppure sono intervallate soltanto da ferie, i giorni festivi e, in caso di settimana corta, i sabati sono conteggiati come giorni di congedo parentale”⁹⁷.

“Pertanto, ad esempio, se la malattia è iniziata il lunedì immediatamente successivo al venerdì del congedo parentale, ed è terminata il venerdì immediatamente precedente il lunedì in cui è ripreso il congedo, le domeniche ed i sabati della settimana corta, cadenti subito prima e subito dopo la malattia, devono essere conteggiati come giorni di congedo parentale”⁹⁸.

Il Ministero del Lavoro, invece, si è pronunciato in merito all'intervenuta malattia del bambino. È necessario specificare che congedo parentale e congedo per malattia del figlio sono due istituti nettamente distinti tra loro, entrambi disciplinati dal Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità e come si vedrà di seguito, il verificarsi di uno può, su richiesta del dipendente, comportare la sospensione dell'altro.⁹⁹

⁹⁴ R. Schiavone, *Maternità e congedi parentali*, ibidem.

⁹⁵ Circolare INPS n. 8 del 17 gennaio 2003.

⁹⁶ Circolare INPS n. 8 del 17 gennaio 2003.

⁹⁷ Circolare INPS n. 82 del 2 aprile 2001.

⁹⁸ Circolare INPS n. 8 del 17 gennaio 2003.

⁹⁹ Ministero del Lavoro, int. prot. 3004 del 28 agosto 2006.

Lo stesso legislatore che non ha emesso alcuna disposizione in materia di sospensione del congedo parentale, si è invece espresso sul relativo prolungamento in casi particolari. La lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre di minore con handicap in situazione di gravità accertata, hanno diritto al prolungamento fino a tre anni del congedo parentale, a condizione che il bambino non sia ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati. In quanto al relativo accertamento della malattia del minore, è necessario attenersi alle disposizioni previste dalla Legge n. 104 del 5 febbraio 1992, che fissano, oltre i principi generali, anche le modalità di riconoscimento dell'handicap¹⁰⁰.

In pratica, il prolungamento di tre anni può decorrere a partire dal termine del periodo corrispondente alla durata massima del congedo parentale spettante al soggetto richiedente, indipendentemente dall'esistenza o meno dello stesso diritto in capo all'altro genitore.

A tal proposito, l'INPS ha precisato che il prolungamento è riconoscibile: alla madre, trascorsi sei mesi dalla fine del congedo di maternità, al padre, trascorsi sette mesi dalla data di nascita del figlio, alla madre "sola", trascorsi dieci mesi dalla fine del congedo di maternità ed al padre "solo", trascorsi dieci mesi dalla nascita del minore o dalla fruizione dell'eventuale congedo di paternità¹⁰¹.

La disciplina generale riguardante la tutela della maternità e della paternità non si applica solamente ai casi di figli naturali, ma anche alle adozioni nazionali, internazionali e agli affidamenti.

Il congedo parentale può essere fruito dai genitori adottivi e affidatari, qualunque sia l'età del minore, entro dodici anni dall'ingresso del minore in famiglia, e comunque non oltre il raggiungimento della maggiore età. La peculiarità di questa fattispecie è che risulta impossibile fissare i limiti temporali di fruizione dei congedi parentali facendo riferimento alla data di nascita del bambino, così, per adozioni ed affidamenti, si prende in considerazione la data dell'ingresso in famiglia del minore¹⁰².

Per i periodi di congedo parentale, alle lavoratrici e ai lavoratori, è riconosciuto un trattamento economico pari al trenta per cento della retribuzione, per un periodo

¹⁰⁰ Art 33, D.Lgs. 151/2000; www.di-elle.it/giurisprudenza/permessi-parentali.

¹⁰¹ Messaggio INPS n. 22578 del 17 settembre 2007.

¹⁰² Art 2, Legge n. 244 del 24 dicembre 2007 che ha sostituito ed abrogato rispettivamente l' art 36 e l' art 37 D.Lgs. 151/2001 Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità.

massimo complessivo tra i genitori di sei mesi che dovranno essere fruiti nei primi dodici anni dall'ingresso del minore in famiglia. Qualunque periodo di congedo richiesto oltre i dodici anni dall'ingresso del bambino in famiglia, nonché i periodi ulteriori rispetto ai sei mesi, ancorché fruiti entro i primi sei anni dall'ingresso, potranno essere indennizzati solo subordinatamente alla verifica delle condizioni reddituali.¹⁰³

2.4 CONGEDI PER LA MALATTIA DEL FIGLIO

Tra le cause di sospensione del rapporto di lavoro consentite dalla legge, è previsto anche il congedo per la malattia del figlio¹⁰⁴. Da non confondere con il congedo parentale¹⁰⁵, consente ad entrambi i genitori, anche adottivi o affidatari, dipendenti pubblici o privati, di assentarsi dal lavoro per poter assistere il proprio figlio malato e bisognoso di assistenza.

Come previsto dal Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, si tratta di un diritto in capo ad entrambi i genitori, esercitabile durante i periodi corrispondenti alla malattia del figlio, ma alternativamente, in quanto non è ammesso che per la stessa malattia dello stesso figlio possano assentarsi contemporaneamente dal lavoro.

Il periodo di congedo per malattia del figlio non prevede limiti fino al compimento dei tre anni dello stesso, diversamente, fra i tre e gli otto anni dello stesso, il congedo è limitato a cinque giorni lavorativi all'anno per ciascun genitore. Cinque giorni, che spettano per ciascun figlio e, che quindi, vanno riferiti ad ogni singolo figlio.¹⁰⁶

Sul concetto di malattia, la giurisprudenza¹⁰⁷ ha individuato la sussistenza di tale circostanza sia durante la fase patologica, sia durante la successiva fase di convalescenza in cui il bambino, dopo il superamento dei sintomi acuti, deve ancora recuperare le proprie normali condizioni biopsichiche e quindi ha necessità dell'assistenza genitoriale per prevenire ricadute ed assicurare il completo suo ristabilimento.

¹⁰³ Circolare INPS n. 16 del 4 febbraio 2008.

¹⁰⁴ Art 47, D.Lgs. 151/2001.

¹⁰⁵ Art 32, D.Lgs. 151/2001.

¹⁰⁶ Art 47 comma 1 e 2, D.Lgs. 151/2001.

¹⁰⁷ Corte Cass., sez. civ., n. 2953 4 aprile 1997 e n. 1293 6 febbraio 1998, Maternità e congedi parentali, R. Schiavone, Maternità e congedi parentali, ibidem; www.iusexplorer.it/Dejure/Sentenze.

Il Ministero del lavoro¹⁰⁸, dal canto suo, ha chiarito che la malattia deve intendersi come la modificazione peggiorativa dello stato di salute e, più precisamente, qualsivoglia alterazione anatomica e funzionale dell'organismo, anche localizzata, e per ciò non impegnativa dalle condizioni organiche generali.

Il godimento del suddetto congedo è, comunque, condizionato dall'obbligo in capo al lavoratore di presentare il certificato di malattia rilasciato dal medico specialista del Servizio Sanitario Nazionale o con esso convenzionato. Inoltre, lo stesso genitore è tenuto ad autocertificare che l'altro coniuge non goda del congedo negli stessi giorni e per il medesimo motivo.¹⁰⁹

Per le assenze a causa della malattia del proprio figlio, non è prevista alcuna indennità o retribuzione, anche se sono fatte salve le condizioni di miglior favore previste dai contratti collettivi di qualsiasi livello.¹¹⁰

Gli stessi periodi sono, però, computati nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie ed alla tredicesima mensilità.¹¹¹

Infine, per quanto riguarda il trattamento previdenziale, è dovuta la contribuzione figurativa fino al compimento del terzo anno di età del bambino, mentre, dal terzo all'ottavo anno dello stesso, è dovuta la contribuzione figurativa ridotta, attribuendo come valore retributivo per questo periodo il duecento per cento del valore massimo dell'assegno sociale, proporzionato ai periodi di riferimento.¹¹²

Mettendo a confronto il congedo parentale con il congedo per malattia del figlio, è evidente che si tratti di due istituti ben distinti, sia sotto il profilo dei presupposti legittimanti, sia sotto quello della disciplina. Il Ministero del Lavoro¹¹³ è intervenuto per chiarire quale comportamento adottare qualora si verifichi la malattia del figlio durante il congedo parentale, ammettendo la sospensione dell'uno per godere dell'altro. Successivamente, anche l'Inps¹¹⁴ è intervenuto a tal proposito, consentendo l'interruzione del congedo parentale in luogo di quello per malattia del figlio, su richiesta del lavoratore.

¹⁰⁸ Ministero del Lavoro, circolare n. 79 del 29 dicembre del 1976.

¹⁰⁹ Art 47, comma 3, D.Lgs. 151/2001.

¹¹⁰ R. Schiavone, Maternità e congedi parentali, ibidem.

¹¹¹ Art 48, comma 1, D.Lgs. 151/2001.

¹¹² Art 49, D.Lgs. 151/2001.

¹¹³ Ministero del Lavoro, interpello n. 3004 del 28 agosto 2006.

¹¹⁴ Circolare INPS n. 8 del 17 gennaio 2003.

Capitolo terzo

**IL NUOVO ISTITUTO
DELLE FERIE SOLIDALI**

Il decreto legislativo 151/2015, attuativo della delega contenuta nell' articolo 1, comma 1, lettera e) della legge 183/2014, ha introdotto, all'interno del nostro ordinamento, il nuovo istituto dei riposi e delle ferie cosiddetti "solidali".

Si tratta di un meccanismo di solidarietà, tra dipendenti della stessa azienda, finalizzato ad aiutare un lavoratore ad assistere un figlio minore che, per le particolari condizioni di salute, necessita di cure costanti. Per l'appunto, il testo dell'articolo intitolato "Cessione dei riposi e delle ferie" sancisce che "fermi restando i diritti di cui al decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, i lavoratori possono cedere a titolo gratuito i riposi e le ferie da loro maturati ai lavoratori dipendenti dallo stesso datore di lavoro, al fine di consentire a questi ultimi di assistere i figli minori che per le particolari condizioni di salute necessitano di cure costanti, nella misura, alle condizioni e secondo le modalità stabilite dai contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale applicabili al loro rapporto di lavoro"¹¹⁵.

Al fine di identificare quali riposi e ferie si possono effettivamente cedere, il legislatore ha precisato che tale istituto va applicato nel rispetto dei diritti di cui al decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, decreto riguardante l'orario di lavoro. Significa che la cessione è consentita ad esclusione del periodo annuale di ferie retribuite non inferiore a quattro settimane e dei giorni minimi di riposo stabiliti¹¹⁶. Di conseguenza, possono essere ceduti solamente i giorni disponibili, ovvero, quelli aggiuntivi, previsti dai contratti collettivi, in supplemento al periodo minimo legale. Si tratta, quindi, di una cessione limitata, condizionata al diritto costituzionalmente garantito ed irrinunciabile delle ferie¹¹⁷. Come previsto dal testo costituzionale, il singolo lavoratore non ha alcuna possibilità di rinunciare al periodo minimo feriale previsto per legge, tempo necessario a reintegrare le energie psico-fisiche spese durante la prestazione lavorativa.

¹¹⁵ Art. 24, D.Lgs. 151, 24 settembre 2015.

¹¹⁶ Art. 24, D.Lgs. 151, 24 settembre 2015.

¹¹⁷ Art. 36, Costituzione; Art. 10 D.Lgs. n. 66/2003

La cessione delle ferie, invece, è finalizzata unicamente a consentire ai lavoratori cessionari di assistere i figli minori malati. La disposizione in oggetto, allo stesso tempo, non specifica quali categorie di lavoratori siano direttamente coinvolte nella cessione, indicando come unico presupposto la subordinazione allo stesso datore di lavoro. La dottrina ha quindi colmato questo apparente vuoto normativo ritenendo destinatari di tale istituto soltanto i lavoratori che svolgono mansioni di pari livello e categoria¹¹⁸.

A tal proposito, viene naturale chiedersi se le ferie solidali possono considerarsi parte dei diritti soggettivi o meno. A fronte delle considerazioni fatte fino ad ora, a mio avviso, si tratta di un diritto che attribuisce al suo titolare una posizione di vantaggio esercitabile nei confronti di uno, o più soggetti nell'ambito di un determinato rapporto giuridico. Si tratta, infatti in questo caso, di un diritto riconducibile al potere di agire a tutela di un proprio interesse riconosciuto dall'ordinamento giuridico e collegato alla cessione volontaria di giorni feriali da parte di un collega di lavoro.

Inoltre, per poter considerare la nuova disposizione pienamente efficace, il legislatore ha previsto la pronuncia dei contratti collettivi, stipulati tra le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, in quanto è loro competenza definire misura, condizioni e modalità di esercizio dello stesso diritto, nel rispetto del decreto legislativo in materia di orario di lavoro¹¹⁹. Il rinvio alla pattuizione collettiva, perciò, non può assumere una forma generica, ma deve necessariamente essere demandato soltanto a quelle organizzazioni che, per la loro presenza sul territorio, per il numero di iscritti e per la partecipazione alle trattative in materia di lavoro, hanno una presenza prevalente nel settore¹²⁰.

La relazione allegata al testo normativo che disciplina le ferie solidali, precisa poi, che i singoli lavoratori possono cedere i riposi e le ferie, solamente a titolo gratuito. Si tratta, quindi, di un istituto che non implica alcun onere né per l'azienda, né tantomeno per le casse dello Stato.

¹¹⁸ D. Grasso, "Ferie solidali, ok alla possibilità di donare i riposi aggiuntivi", www.pensionioggi.it, 23 settembre 2015; A. Barbato, "Cessione ferie e riposi ai colleghi", job.fanpage.it; 21 ottobre 2015.

¹¹⁹ S. Stefanovichj, "Scheda di analisi e commento, Razionalizzazione e semplificazione – D.lgs. 151 del 24 settembre 2015, Art. 24, Cessione dei riposi e delle ferie", CISL, 25 settembre 2015; "Cessione delle ferie e Jobs act", 1 ottobre 2015, www.inoperaspa.it.

¹²⁰ E. Massi, "La cessione delle ferie ai colleghi", www.dottrinalavoro.it, 29 dicembre 2015.

Le ferie e i riposi solidali, peraltro, non rappresentano un fenomeno del tutto nuovo nel panorama lavorativo italiano ed in diverse occasioni si è proceduto ad una sperimentazione di questo istituto. Ad esempio, in ambito pubblico, l'8 settembre 2015, la Giunta regionale sarda e le organizzazioni sindacali, CISL in prima linea, hanno raggiunto un accordo riguardante la cessione delle ferie. Su proposta dell'assessore degli Affari generali, la Giunta ha approvato l'introduzione delle ferie solidali, permettendo così, a ciascuno dei dipendenti pubblici, di cedere, in forma volontaria e gratuita, una parte delle proprie ferie annuali. Una novità che si può sostanzialmente ricondurre ad un "concetto di etica innovativa e di solidarietà interna alle pubbliche amministrazioni".¹²¹

In ambito privato, invece, l'azienda di trasporto Arpa, di carattere privatistico anche se a capitale interamente pubblico, ha anticipato quanto poi previsto dal Jobs act. Per venire incontro ai diversi casi di lavoratori bisognosi di ferie per malattia, o per assistere i familiari gravemente malati, Arpa ed i sindacati, hanno sottoscritto un protocollo che permette a chi è afflitto da infermità grave, oppure, a coloro che devono occuparsi dei propri figli, o del coniuge in gravi condizioni di salute, di poter usufruire di giornate di ferie solidali, donate volontariamente, a titolo completamente gratuito, dai propri colleghi. Per rendere concreta la donazione delle proprie giornate di non lavoro retribuito, ogni dipendente, può attingere a quella parte di ferie, cinque giorni in totale per ogni anno, che costituisce l' istituto contrattuale delle festività soppresse di cui beneficia. Possono beneficiarne, però, soltanto i lavoratori che hanno esaurito il periodo massimo di malattia retribuita, il proprio monte ferie e i permessi retribuiti. Ogni lavoratore può, quindi, donare un massimo di tre giornate dal monte complessivo dei propri permessi e, la donazione, si considera avvenuta soltanto se sottoscritta in una dichiarazione di consenso. Tutto questo non ha comportato alcun onere per le casse dell' azienda.¹²²

¹²¹ "Sardegna. Ferie solidali; la regione Sardegna apre la strada per un istituto moderno e di grande valore sociale", www.cisl.it/dalterritorio, 8 settembre 2015; "Regione: accordo sindacati per contratto", www.ansa.it, 8 settembre 2015; "Dipendenti regionali, dalla Giunta novità nei contratti. Demuro: Chiuso percorso durato oltre due anni", 8 settembre 2015, www.regione.sardegna.it; "Cessione delle ferie e Jobs act", 1 ottobre 2015, www.inoperaspa.it; "Ferie solidali e orari di lavoro, accordo sindacati-Regione su contratto", 8 settembre 2015, www.sardiniapost.it

¹²² Verbale di accordo sindacale del 23 dicembre 2014, ratificato all'unanimità dal CDA ARPA con il Verbale n. 655, 15 gennaio 2015; "Arpa, le ferie solidali", 13 gennaio 2015, www.abruzzo.cgil.it.

Anche l'azienda di trasporto pubblico locale Ctt Nord delle province di Pisa, Livorno e Lucca ha dato vita ad un simile accordo: una donna, conducente di autobus della provincia di Pisa, che aveva terminato ferie e permessi a causa di una grave malattia, si è vista donare, dai suoi colleghi, numerose giornate di ferie retribuite, che le hanno permesso di curarsi fino al suo rientro.¹²³

Ultimo esempio, è l'accordo integrativo firmato dalla Lardini spa il 30 marzo 2015, leader a livello internazionale nella confezione di capospalla di alta gamma, che, oltre ad aver introdotto il meccanismo di solidarietà secondo cui è possibile donare ad un collega che attraversa un momento di difficoltà, per gravi e comprovati motivi documentabili, parte dei propri permessi, ha aggiunto che l'azienda, a fronte di ogni ora donata, si impegna a sua volta a donare un'ulteriore ora. Infatti, a ogni ora donata dal singolo lavoratore, corrisponde un'ora bonus messa a disposizione dalla stessa azienda, che, quindi, partecipa attivamente all'operazione di welfare solidale, dando un'idea concreta di responsabilità sociale d'azienda.¹²⁴

La norma¹²⁵ del decreto legislativo 14 settembre 2015, in vigore dal 24 settembre 2015, tuttavia, è stata anche oggetto di alcune obiezioni e critiche, mosse da diversi enti, come ad esempio dal Coordinamento nazionale famiglie disabili. Una di esse, si concentra sulla formulazione della stessa disposizione, in quanto consente la cessione di ferie e permessi solamente in presenza di "figli minori" che necessitano di cure costanti, escludendo così una buona parte di altrettante persone bisognose di assistenza. Includere nella previsione anche eventuali figli non minori e/o parenti stretti del lavoratore, nelle medesime condizioni di bisogno, forse, sarebbe stato più opportuno. Altra critica, di natura più sostanziale, contesta che il diritto all'assistenza dei propri cari che versano in stato di bisogno, dovrebbe essere un diritto garantito, non dipendente dalla benevola volontà altrui¹²⁶.

In concreto, sono obiezioni da considerarsi comunque superabili, in quanto l'autonomia contrattuale permette di prevedere condizioni migliorative rispetto alla legge ordinaria

¹²³ "Ferie solidali in azienda Arpa anticipa il Jobs act", 13 gennaio 2015, www.ilcentro.celocal.it; "Le ferie, un regalo solidale da Pisa la proposta di legge", 25 maggio 2014, www.iltirreno.gelocal.it.

¹²⁴ "Cessione delle ferie e Jobs act", 1 ottobre 2015, www.inoperaspa.it; "Ferie solidali in azienda Arpa anticipa il Jobs act", 13 gennaio 2015, www.ilcentro.celocal.it; "Ferie solidali, integrativi e welfare aziendali", 10 aprile 2015, www.corriere.it.

¹²⁵ Art. 24, D.Lgs. 151, 24 settembre 2015.

¹²⁶ M. Campitelli, "Ferie solidali, così lo Stato sin deresponsabilizza. E non si occupa dei disabili", 16 settembre 2014, www.ilfattoquotidiano.it.

e, perciò, nulla vieta agli accordi sindacali di applicare l'istituto anche nei confronti di figli maggiorenni o stretti congiunti¹²⁷.

Quindi, preso atto della mole di materia non ancora disciplinata, ad oggi, non è possibile fare ulteriori considerazioni, atteso che mancano gli accordi sindacali regolatori del nuovo istituto delle ferie solidali¹²⁸.

3.1 LEGGE MATHYS

La norma attuativa del Jobs act, in materia di ferie e permessi solidali, trova ispirazione nella legge francese comunemente nota come “Loi Mathys”¹²⁹.

In questa occasione, il senato francese ha adottato in via definitiva la disposizione che consente ai dipendenti, del settore pubblico come quello privato, di regalare giorni di ferie ad un collega affinché possa occuparsi del figlio gravemente malato.

La norma, comunemente nota come “Legge Mathys”, riporta il nome di un bambino francese di dieci anni, gravemente malato, dalla cui vicenda è scaturita l’iniziativa legislativa.

Nel 2009, un lavoratore con un figlio gravemente malato, avendo ormai esaurito sia ferie che permessi a sua disposizione, non disponeva più della possibilità di assisterlo giornalmente. Così, i colleghi, su propria volontaria iniziativa, hanno messo a sua disposizione parte delle proprie ferie e dei propri riposi. Iniziativa che, prima, è stata formalizzata in un accordo aziendale, e poi è diventata anche una legge nazionale che sancisce il principio in base al quale i lavoratori dipendenti possono donare, in modo anonimo, parte delle ferie e dei permessi non fruiti, ad altri colleghi di lavoro, che ne abbiano necessità per assistere i loro figli malati, o bisognosi di cure¹³⁰.

L’Assemblea nazionale francese il 25 gennaio 2012, ha così previsto che un salariato può “rinunciare anonimamente e senza contropartita a tutti o a una parte dei giorni di riposo arretrati” in favore di un collega il cui figlio, di età inferiore ai vent’anni, è colpito da “una malattia, un handicap o è vittima di un incidente di particolare gravità”¹³¹.

¹²⁷ “Cessione delle ferie e Jobs act”, 1 ottobre 2015, www.inoperaspa.it.

¹²⁸ E.Massi, “La cessione delle ferie ai colleghi”, 29 dicembre 2015, www.dottrinalavoro.it.

¹²⁹ Legge francese 2014-459, 9 maggio 2014.

¹³⁰ “Cessione delle ferie e Jobs act”, 1 ottobre 2015, www.inoperaspa.it; S. Montefiori, “In ricordo di Mathys. Una legge per donare le ferie”, 4 maggio 2014, www.corriere.it.

¹³¹ Legge francese 2014-459, 9 maggio 2014.

CONCLUSIONE

Affrontare una tematica introdotta di recente nell'ordinamento italiano ed ancora poco sperimentata, non consente di prendere una posizione netta in tal merito.

Il nuovo istituto delle cessioni delle ferie solidali, se da una parte permette ai singoli lavoratori di usufruire di tempo prezioso donato dai propri colleghi per assistere i figli gravemente malati, dall'altra, riesce a mettere in dubbio l'effettivo intervento di politica sociale da parte dello Stato italiano.

Ammessa l'etica innovativa e di solidarietà tra soggetti lavoratori dipendenti, viene naturale porsi dei quesiti sulle finalità e sull'utilità del nuovo istituto.

Si tratta di un provvedimento volto ad aiutare molte delle famiglie con a carico dei figli malati, che gode del supporto di cittadini terzi, gli stessi che con una cessione volontaria, avente ad oggetto proprie giornate di ferie, manifestano la propria vicinanza ai colleghi destinatari della donazione.

Molto scetticismo è causato dal fatto che tale istituto non discende da un intervento assistenziale attuato dallo Stato, ma trova applicazione in corrispondenza di un'azione solidale di "beneficenza" compiuta da un soggetto privato, che non è obbligato in alcun modo ad adempiere alla cessione. Considerato poi, che i cessionari sono soggetti che necessitano, più di altri, di tempo per la famiglia e di servizi, sorge spontaneo chiedersi se una famiglia che convive con un tale disagio abbia bisogno di un favore da parte di un collega, oppure di servizi di assistenza qualificata da parte dello Stato.

La risposta che personalmente mi sento di dare, a fronte dello studio fatto, è che un istituto che si aggiunge ad un sistema di welfare nazionale, non può che portare beneficio ai singoli lavoratori. È altrettanto certo, che la contrattazione collettiva deve ancora approfondire adeguatamente tale materia, visti e considerati i pochi casi in cui ha trovato applicazione.

Osservato, quindi, che la cessione di ferie solidali non consiste nell'unica forma di assistenza al singolo cittadino lavoratore dipendente che intende accudire i propri figli minori malati, mi permetto di considerare il nuovo istituto introdotto dall'art. 24 del D.Lgs. 151/2015 oltre che innovativo, uno strumento aggiuntivo, utile a tutti i lavoratori dipendenti che, per circostanze gravi e straordinarie, hanno la necessità di assentarsi dal luogo di lavoro.

BIBLIOGRAFIA

- G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, “Diritto del lavoro: la Costituzione, il codice civile e le leggi speciali”, ed. Giuffrè editore, 2009
- L. Calafà “Congedi e rapporto di lavoro”, ed. Cedam, 2004
- C. Cester, M.G. Mattarolo, M. Tremolada “La nuova disciplina dell’orario di lavoro. Commentario al D.Lgs. 8 aprile 2003, n.66”, ed. Giuffrè Editore, 2003
- P. Chiecio “Flessibilità e tutele nel lavoro”, ed. Cacucci Editore, 2013
- P. Dubolino, C. Dubolino, “Codice del diritto di famiglia e dei minori”, Casa Editrice La Tribuna, 2014
- R. Granata, “Le sentenze e le ordinanze auto interpretative della Corte Costituzionale fra novazione e ricognizione del precedente decisum”, ed. Giuffrè Editore, 2009
- M. Marrucci “Orario di lavoro e riposi”, ed. Giuffrè Editore, 2012
- G. Nicolini “Congedi parentali”, ed. Giuffrè Editore, 2000
- S. Riva “Compendio di diritto del lavoro”, ed. Simone, 2015
- M. Roccella “Manuale di diritto del lavoro”, ed. Giappichelli, 2012
- F. Sacco “Congedo e permessi a sostegno della maternità e della paternità.”, ed. Maggioli Editore, 2012
- R. Schiavone , “Maternità e congedi parentali” ed. Ipsoa, 2010

F. Testa “Il diritto alle ferie” ed. Giappichelli, 2015

A. Tursi, P.A. Varesi “Istituzioni di diritto del lavoro”, ed. Cedam, 2013

A. Zini, F. Basenghi, L. E. Golzio, “La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda”, p. 687 e ss., ed. Ipsoa, 2008

“Memento Pratico - Lavoro”, ed. Ipsoa Francis Lefebvre, 2015